



Le filtrage opéré par le Conseil d'Etat

Marthe Fatin-Rouge Stefanini

► To cite this version:

Marthe Fatin-Rouge Stefanini. Le filtrage opéré par le Conseil d'Etat. [Rapport de recherche] Aix-Marseille Université. 2013. halshs-00934233

HAL Id: halshs-00934233

<https://shs.hal.science/halshs-00934233>

Submitted on 21 Jan 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le filtre exercé par le Conseil d'Etat

Par Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI, Directrice de recherches au CNRS UMR 7318, DICE-ILF-GERJC, Directrice adjointe de l'ILF-GERJC

(Extrait du rapport effectué dans le cadre d'une recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice : *La QPC vue du droit comparé. Le contrôle de constitutionnalité sur renvoi du juge ordinaire en France, Espagne et Italie* sous la direction de Laurence Gay, Pierre Bon et Thierry Di Manno, Mars 2013).

Ce travail vise à dresser un bilan synthétique du fonctionnement du filtre exercé par le Conseil d'Etat entre la date de l'entrée en vigueur de la réforme, le 1^{er} mars 2010, et le 31 décembre 2012. L'étude porte sur certains éléments du filtre en particulier : la condition de l'applicabilité au litige, la question nouvelle, l'appréciation du caractère sérieux de la question posée.

Au 1^{er} mars 2013 (soit deux mois au-delà du champ de notre étude), dans le bilan dressé par le Conseil constitutionnel sur son site, il apparaît que sur les 1520 dossiers adressés par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation au Conseil constitutionnel, 549 proviennent du Conseil d'Etat, soit 36,1 % des dossiers reçus par le Conseil constitutionnel. Parmi ces 549 dossiers figurent 137 décisions de renvoi (25 %) et 412 décisions de non renvoi (75 %) contre 177 décisions de renvoi et 791 décisions de non-renvoi en provenance de la Cour de cassation. Il en résulte donc qu'une demande de QPC sur quatre, qui satisfait aux conditions de recevabilité, ne fait pas l'objet d'un renvoi devant le Conseil constitutionnel. Notons également que sur les 68 décisions de censure rendues par le Conseil constitutionnel dans la période de notre étude (Mars 2010-Décembre 2012), trente-trois, c'est-à-dire à peu près la moitié, ont pour origine un renvoi du Conseil d'Etat (certaines décisions ont cependant à la fois fait l'objet d'un renvoi du Conseil d'Etat et d'un renvoi de la Cour de cassation, ce qui est le cas par exemple de la décision 135/140 QPC du 9 juin 2011, *Hospitalisation d'office*).

Les décisions de renvoi provenant du Conseil d'Etat se répartissent de la manière suivante sur les trois années étudiées : 2010 : 54 ; 2011 : 42 ; 2012 au 1^{er} mars 2013 : 41.

Fin 2012, Jean-Marc Sauvé et Bernard Stirn notent un infléchissement du nombre de QPC posées¹. La diminution du nombre de renvoi depuis le second semestre 2012, ne peut être recherché dans un durcissement du filtrage exercé par la juridiction administrative suprême. Si un resserrement du filtrage a bien eu lieu, en ce qui concerne en particulier l'appréciation de la question sérieuse, il s'est opéré dès septembre 2010². Jean-Marc Sauvé et Bernard Stirn relèvent également que deux tiers des QPC posées le sont directement devant le Conseil d'Etat, ce qui est un point important à souligner eu égard au fait que la question de l'opportunité d'un double filtre a été soulevée. La diminution du nombre de QPC est due sans doute à une conjugaison de facteurs : entre autres, un essoufflement de l'effet de nouveauté de cette voie de recours, l'appropriation

¹ J.-M. Sauvé et B. Stirn, « Bilan de la question prioritaire de constitutionnalité », Audition par la Commission des lois de l'Assemblée nationale, 21 novembre 2012, p. 3 disponible sur <http://www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/bilan-de-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite.html>

² C. Maugué et J.-H. Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, 2^e éd., 2013, p. 68.

par les juges du filtre de la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour éviter le renvoi, une désillusion des justiciables et de leurs avocats quant à l'efficacité de ce nouveau mécanisme au regard non seulement de la réserve dont le Conseil constitutionnel fait preuve sur le fond mais, également, du nombre de décisions d'inconstitutionnalité dépourvues d'effet utile pour les requérants³.

Le contentieux de la constitutionnalité n'a jamais été étranger aux juridictions administratives⁴. En effet, le Conseil d'Etat est juge de la constitutionnalité des actes administratifs et dispose également du pouvoir de contrôler les lois de pays de Polynésie française considérés comme étant des actes administratifs⁵. Le juge constitutionnel est donc rôdé au contrôle de constitutionnalité et a développé, dans ce cadre, des techniques de contrôle et une interprétation des normes constitutionnelles, qui bien qu'étant autonomes sont souvent très proches de celles développées par le Conseil constitutionnel. Avec l'entrée en vigueur de la QPC, la difficulté rencontrée par le juge administratif, et le Conseil d'Etat en particulier, dans l'exercice de la compétence de juge du filtre est donc de ne pas empiéter sur l'office du Conseil constitutionnel. Le Conseil d'Etat doit donc faire preuve de retenue pour ne pas exercer une compétence qu'il a la capacité de pratiquer même s'il n'en a pas l'habilitation constitutionnelle. Le Conseil d'Etat doit donc trouver le juste milieu entre ce qu'il convient de renvoyer au Conseil constitutionnel et ce qu'il convient de ne pas lui renvoyer ; entre un filtre trop souple, et peu utile, et une filtre trop strict peu favorable à l'unification des interprétations de la Constitution par le Conseil constitutionnel. En effet, l'exercice du filtre, qui ne doit être « ni (un) verrou, ni (une) passoire »⁶, confère un pouvoir important aux juridictions suprêmes en ce sens qu'elles sont en mesure d'apprécier souverainement les conditions de renvoi, les décisions de non renvoi ne pouvant faire l'objet d'un recours juridictionnel ni d'un examen par le Conseil constitutionnel. Or, si des conditions de renvoi sont énumérées, le degré de filtrage exercé n'est pas précisé par les textes relatifs à la question prioritaire de constitutionnalité. Il n'est pas indiqué dans quelle mesure la juridiction saisie d'une QPC peut elle-même procéder à un examen de la conformité de la disposition litigieuse à la Constitution pour éviter un renvoi qu'elle estime voué à l'échec.

L'étude réalisée sur le filtre exercé par le Conseil d'Etat abordera indistinctement le rôle du Conseil d'Etat en qualité de premier ou de second filtre. Dans les deux cas, les critères de renvoi qu'il aura à examiner sont identiques. Le Conseil d'Etat peut également être saisi d'une décision de non transmission rendue par une juridiction inférieure, il examinera à son tour si les conditions de recevabilité ont été correctement interprétées et appliquées par la juridiction du fond.

³ Voir l'étude sur les suites des déclarations d'inconstitutionnalité des décisions du Conseil constitutionnel ci-après.

⁴ Voir notamment L. Favoreu, Th. Renoux, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, 1992, 206 p. ; B. Genevois, « La Constitution et le juge administratif », in B. Mathieu (dir.), 1958-2008, *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 355 ; B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'Etat*, Dalloz, 2011, 137 p. ; B. Stirn, « Constitution et droit administratif », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 37-2012, pp. 7-19.

⁵ Voir les articles 176 et 177 de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

⁶ J.-M. Sauvé et B. Stirn, « Bilan de la question prioritaire de constitutionnalité », *précité*, p. 5.

La compétence du Conseil d'Etat en matière de QPC s'inscrit dans le cadre déterminé à la fois par l'article 61-1 de la Constitution et par la loi organique modifiant l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. L'article 61-1 de la Constitution dispose : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ». Il en découle que la QPC doit être soulevée à l'occasion d'une instance, qu'elle doit porter sur une disposition de nature législative et qu'il soit fait grief que cette disposition législative porte atteinte aux droits et libertés fondamentaux que la Constitution garantit.

Les conditions d'exercice de la QPC ont été précisées par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009. L'examen de la recevabilité va tenir tout d'abord à une condition de forme : le mémoire soulevant la QPC doit être distinct et motivé.

Ensuite, qu'ils soient saisis directement d'une demande de QPC ou qu'ils interviennent après transmission d'une QPC par une juridiction inférieure, Cour de cassation et Conseil d'Etat doivent procéder à l'examen de trois conditions cumulatives de renvoi :

- la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;
- elle ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs ou le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances ;
- la question doit être nouvelle ou présenter un caractère sérieux ;

La question de savoir si les griefs invoqués sont bien relatifs à une atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit sont examinés dans le cadre des conditions de renvoi ; la loi organique vient ainsi préciser la Constitution et les conditions générales prévues par la Constitution ne font pas l'objet d'un examen de recevabilité distinct de celui des conditions de renvoi.

Depuis l'adoption de l'article 61-1 de la Constitution, et que ce soit lors de l'élaboration de la loi organique ou dans la mise œuvre de la procédure de QPC, a été soulignée l'attitude de coopération du Conseil d'Etat. Cela s'est manifesté en amont et dès le départ, par l'admission du caractère prioritaire de la QPC par rapport au contrôle de conventionnalité⁷ ; cela s'est également manifesté en aval par l'attention portée par le Conseil d'Etat aux effets des déclarations d'inconstitutionnalité tels que définis par le Conseil constitutionnel dans le cadre des décisions QPC⁸. Le Conseil d'Etat s'aligne ainsi autant que faire se peut sur le Conseil constitutionnel⁹. Il est présenté comme le « bon élève » pour sa contribution disciplinée à la réussite de la QPC, par comparaison avec la Cour de cassation¹⁰. Ainsi participe-t-il activement au bon fonctionnement de la réforme

⁷ CE 14 mai 2010, *Rujovic* n° 312305 (à propos d'une éventuelle contrariété d'une disposition législative au droit de l'Union européenne).

⁸ Voir en particulier, CE, Ass., 13 mai 2011, *M'Rida*, concl. Geaffray. concl. Geaffray. Voir plus largement, X. Domino et A. Bretonneau, « Les suites de la QPC : histoire et géographie du dialogue des juges », *AJDA*, 2011, pp. 1136-1150.

⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 605 DC du 12 mai 2010, *Jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 14 (pour la première question), et Conseil constitutionnel, 108 QPC et 110 QPC du 25 mars 2011, pour la seconde question (voir études sur ces questions infra).

¹⁰ Voir notamment P. Yolka, « Question prioritaire de constitutionnalité : le bon, la brute et le truand », *JCP A*, n° 11, 14 mars 2011, act. 190. Cette image est cependant contestée, voir A. Roblot-Troizier, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat. Vers la mutation du Conseil

par une interprétation large de certaines conditions de renvoi susceptibles de faire remonter au Conseil constitutionnel les questions qu'il estime nouvelles ou sérieuses. Ainsi en va-t-il de la notion de « disposition législative applicable au litige » (I). Toutefois, cette interprétation large doit tenir compte du cadre tracé par le législateur organique et le Conseil constitutionnel lui-même lorsqu'il a interprété la loi organique mettant en œuvre l'article 61-1 de la Constitution. Aussi ne faut-il pas s'étonner que parmi le critère alternatif de nouveauté ou de sérieux de la question posée, le Conseil d'Etat utilise de manière restreinte la notion de question nouvelle (II). Quant au critère relatif au caractère sérieux de la demande, il laisse au juge du filtre une ample marge d'appréciation. Les juridictions suprêmes se sont saisies de cette opportunité pour pratiquer ouvertement, et aux côtés du Conseil constitutionnel, un véritable contrôle de constitutionnalité. Cette fonction est pleinement assumée par le Conseil d'Etat qui la pratique de manière décomplexée (III).

I – Une interprétation large de la notion de disposition législative applicable au litige

La notion de disposition applicable au litige ou à la procédure ou constituant le fondement des poursuites pose deux questions : d'une part, s'agit-il bien d'une disposition législative ?

D'autre part, est-elle applicable au litige ou à la procédure ?

Sur le premier point, la marge d'appréciation de la haute juridiction administrative est faible. Il s'agit de définir ce qui peut être considéré comme législatif et ce qui ne l'est pas, seules les dispositions législatives pouvant faire l'objet d'une demande de QPC. Le Secrétaire général du Conseil constitutionnel, Marc Guillaume, dans son commentaire de la loi organique du 10 décembre 2009, indique que rentrent dans ce champ les ordonnances ratifiées et les lois de Pays de Nouvelle-Calédonie. La question de savoir s'il s'agit d'une disposition véritablement législative permet d'écarter en particulier les dispositions constituant des actes réglementaires et qui peuvent faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité directement par la juridiction administrative en l'absence de loi écran. Ainsi en va-t-il de dispositions réglementaires d'un code¹¹ ou d'ordonnances non ratifiées¹² qui avaient été renvoyées au Conseil constitutionnel par la Cour de cassation. Sont également écartées les dispositions législatives non entrées en vigueur donc « insusceptible (s) d'avoir porté atteinte à un droit ou une liberté que la Constitution garantit »¹³. Pour sa part, le Conseil d'Etat a également écarté les dispositions des lois de programmation qu'il juge dépourvues de portée normative¹⁴ ainsi que les lois ayant pour seul objet de ratifier un traité international ou qui rappellent l'applicabilité d'une convention¹⁵. En revanche, ont été incluses les

d'Etat en un juge constitutionnel de la loi », *RFDA*, 2011, pp. 691-710 ; V. Saint-James, « Les décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat de ne pas transmettre une QPC : la place des cours souveraines en question ? », *RDP*, n° 3-2012, p. 636.

¹¹ Voir CE, 11 mars 2011, req. 341658 et Conseil constitutionnel, 152 QPC du 22 juillet 2011 sur renvoi de la Cour de cassation.

¹² Voir CE, 17 octobre 2011, *Société Grande Brasserie Patrie Schutzengerger*, req. 351010 et Conseil constitutionnel, 219 QPC du 10 février 2012 sur renvoi de la Cour de cassation.

¹³ 219 QPC, *précité*, cons. 5.

¹⁴ CE, 18 juillet 2011, *Fédération nationale des chasseurs*, req. 340512.

¹⁵ Voir sur ces deux points, CE, 14 mai 2010, *Rujovic*, *précité*.

interprétations jurisprudentielles consolidées d'une disposition législative c'est-à-dire les dispositions législatives telles qu'interprétées de manière constante par la juridiction administrative¹⁶. Toutefois, alors même que l'interprétation jurisprudentielle en litige provient du Conseil d'Etat lui-même, cela ne donne pas lieu à un renvoi systématique vers le Conseil constitutionnel¹⁷. Cette situation pose la question de l'impartialité de la juridiction du filtre qui se trouve à la fois juge (de la recevabilité de la demande de QPC) et partie (en qualité d'auteur de la jurisprudence consolidée).

Le Conseil d'Etat a également accepté de considérer comme étant des dispositions législatives, des dispositions issues d'un décret mais annexées à une loi de finances¹⁸.

Sur le second point, celui de savoir s'il s'agit d'une disposition applicable au litige au sens des articles 23-2 et 23-5 de la loi organique, la marge d'appréciation du Conseil d'Etat est plus large. Le Conseil d'Etat a choisi d'en faire une interprétation souple, plus souple que celle opérée par la Cour de cassation¹⁹, dans l'esprit de la loi organique puisqu'il n'est pas exigé que la disposition litigieuse « commande l'issue du litige ou la validité de la procédure » mais qu'elle soit simplement « applicable » au litige.

Le Conseil d'Etat vérifie si les dispositions sont applicables au litige « au sens et pour l'application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 »²⁰ selon la formule retenue dans ses arrêts et qualifiée d'« autonome » par le Conseil constitutionnel²¹. L'interprétation de cette notion d'applicabilité au litige est, en effet, « propre à la procédure QPC »²² donc se distingue d'une appréciation par le juge administratif de l'applicabilité au litige d'une disposition en dehors de ce contentieux. Cela se justifie notamment par la brièveté des délais de renvoi de la QPC devant le Conseil constitutionnel. Dès lors, une disposition jugée applicable au litige au sens et pour l'application de l'article 23-5 de la loi organique pourra par la suite être jugée inapplicable au litige lorsqu'il s'agira pour le juge du fond de reprendre le procès en cours et traiter le cas concret qui lui est soumis²³.

Le Conseil d'Etat accepte, par exemple, de renvoyer au Conseil constitutionnel des dispositions qui bien que non entrées en vigueur au moment des faits ont pu fonder une décision administrative²⁴. Le renvoi peut également concerner des dispositions jugées indissociables de celle qui est à l'origine du litige et dont la constitutionnalité est contestée²⁵.

Deux points méritent une attention particulière. Tout d'abord, le Conseil d'Etat accepte de renvoyer une disposition en tant qu'elle ne prévoit pas quelque chose, ou en tant

¹⁶ CE, 15 juillet 2010, *Compagnie agricole de la Crau*, req. 322419 ayant donné lieu à la 52 QPC du 14 octobre 2010. Le Conseil constitutionnel a précisé par la suite que seules les interprétations jurisprudentielles sur lesquelles les juridictions suprêmes de chaque ordre se sont prononcées peuvent faire l'objet d'une demande de QPC (Conseil constitutionnel, 120 QPC du 8 avril 2011).

¹⁷ CE, 12 septembre 2011, *Epoux Dion*, req. 347444

¹⁸ CE, 17 octobre 2011, *Consorts Boccara*, req. 351085.

¹⁹ Voir site du Conseil constitutionnel, A la Une – octobre 2012.

²⁰ CE, 14 avril 2010, *Labane*, req. 336753, concl. A. Courrèges, *AJDA*, 2010, p. 1018.

²¹ Voir A la Une – Octobre 2012, *précité*.

²² Voir S.-J. Lieber, D. Botteghi et V. Daumas, « La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'Etat », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2010, n° 29, p. 107.

²³ Id.

²⁴ CE, 18 mai 2010, *Commune de Dunkerque*, req. 306643.

²⁵ CE 28 mai 2010, *Balta et Opra*, n° 337840.

qu'elle ne s'applique pas à la situation des requérants²⁶. Il s'agit d'un grief d'« inconstitutionnalité en tant que ne pas » selon l'expression d'Anne Courrèges aussi qualifiée d'omission législative inconstitutionnelle²⁷. Seule l'omission législative partielle peut faire l'objet d'un renvoi puisqu'il est nécessaire de s'appuyer sur une disposition législative existante pour souligner la lacune du législateur.

Ensuite, la souplesse du critère de l'applicabilité au litige se révèle surtout lorsqu'il accepte de renvoyer une disposition qu'il considère comme « non dénuée de rapport avec les termes du litige »²⁸. L'applicabilité au litige est, dans ces quatre décisions, entendue très largement permettant de renvoyer au Conseil constitutionnel des questions qu'il était particulièrement opportun de trancher. En effet, dans les quatre cas, il s'agissait de questions sensibles : la compatibilité d'une procédure permettant de refuser le droit d'asile avec l'article 66-1 de la Constitution énonçant que nul ne peut être condamné à la peine de mort (Daoudi), l'existence d'un droit fondamental à la protection des langues régionales (Lang), la procédure des parrainages en matière d'élections présidentielles (Le Pen), la non incrimination de pratiques traditionnelles locales face au principe d'égalité (Comité Anti-Corrída). Xavier Domino et Aurélie Bretonneau soulignent à cet égard que le Conseil d'Etat passe ainsi « de l'applicabilité à l'opportunité »²⁹ et estiment que cette interprétation large du critère de l'applicabilité au litige peut « s'avérer pleinement justifiée dans la dynamique juridictionnelle propre au juge du filtre »³⁰.

En revanche, le Conseil d'Etat considère que le lien avec le litige doit tout de même exister, le QPC ne pouvant être l'occasion de remettre en cause un ensemble de dispositions alors que certaines d'entre elles seulement ont un lien avec le litige³¹ ou encore ne pouvant saisir l'occasion d'un recours en rectification d'erreur matérielle ou en révision d'une décision du Conseil d'Etat pour contester la constitutionnalité de deux dispositions législatives dans le litige contre lequel ce type de recours est soulevé³². L'opportunité d'un lien avec le litige trouve ici ses limites comme l'illustre également, dans une affaire relative à la question de la contestation du principe des parrainages à l'élection présidentielle, la mise en cause du I de l'article 3 de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel à l'occasion de la demande d'abrogation d'une recommandation du CSA rappelant la liste des candidats³³.

La recherche de l'applicabilité au litige peut-elle conduire le juge administratif à vérifier l'existence d'un effet utile de la QPC soulevée pour le litige ? Le Conseil d'Etat a eu

²⁶ Voir notamment, CE 9 juillet 2010, *Gueranger*, n° 339261, Conseil d'Etat, 6 avril 2011, *Fédération nationale des associations tutélaires*, req. 345838, CE, 19 mars 2012, *Société Cryo-Save France*, req. 348764

²⁷ Conclusions précitées sur CE, 14 avril 2010, *Labane*.

²⁸ CE, 8 octobre 2010, *Daoudi*, n° 338505, CE 21 mars 2011, *Lang et autres*, n° 345193; CE, 2 février 2012, *Mme Le Pen*, n° 355137, CE, 20 juin 2012, *Association Comité Radicalement Anti-Corrída Europe* req. 357798.

²⁹ « QPC : Deux ans, déjà l'âge de raison ? », *AJDA*, 5 mars 2012, p. 427.

³⁰ *Id.*, p. 428.

³¹ CE, 9 juillet 2010, req. 339081 dans lequel la constitutionnalité des articles 885 A à 885-Z du Code général des impôts était contestée alors que les instructions faisant l'objet d'un recours en excès de pouvoir à l'occasion duquel la QPC avait été soulevée ne se fondaient que sur trois de ces dispositions.

³² CE, 4 octobre 2010, req. 328505.

³³ CE, 16 février 2012, *Bourson*, req. 356527.

l'occasion de procéder à cet examen dans un arrêt du 8 octobre 2012, *Fondation des oeuvres sociales de l'air*³⁴ en vérifiant l'effet utile du renvoi QPC pour le requérant. Il a estimé que cette QPC était soulevée dans la première phase de la procédure de gestion de fait devant la Cour des comptes et que, dans cette phase, il n'y avait pas lieu à application par la Cour des comptes de la disposition litigieuse. Il a donc conclu que cette disposition n'était pas applicable au litige³⁵. Il en ressort que le requérant devrait pouvoir soulever la QPC dans la seconde phase de la procédure de gestion de fait dans laquelle la disposition est directement applicable au litige. Toutefois, dans cet arrêt, le Conseil d'Etat s'est tout de même prononcé sur le caractère sérieux de la question posée pour en confirmer le non renvoi, ce qui devrait avoir un effet dissuasif pour le requérant de soulever ultérieurement cette QPC dans la phase où la disposition contestée serait applicable au litige.

L'appréciation de l'effet utile pour le requérant semble difficilement pouvoir aller plus loin que dans ce cas de figure où la disposition n'est pas applicable au litige. En effet, pourrait-il être concevable que le juge du filtre exige que la solution rendue ait une véritable incidence sur la solution du litige sans remettre en question l'esprit même de la réforme, et en particulier la volonté du législateur organique n'ayant pas souhaité que la disposition contestée « commande l'issue du litige » ? Il semblerait que nous puissions répondre par la négative. Ainsi, le juge administratif a-t-il opéré un renvoi en jugeant que le grief d'inconstitutionnalité opposé à la norme litigieuse présente un caractère sérieux en dépit du fait que dans le cas concret objet du litige cette inconstitutionnalité ne s'est pas révélée. Ainsi, le Conseil d'Etat a renvoyé au Conseil constitutionnel une QPC à l'encontre de l'article L. 134-2 du code de l'action sociale et des familles déterminant la composition de la Commission centrale d'aide sociale « nonobstant la circonstance, invoquée par le ministre des solidarités et de la cohésion sociale, que cette commission aurait statué sur l'appel formé devant elle par M. A dans une composition qui la mettrait, en l'espèce, à l'abri de toute critique au regard du principe d'impartialité » et bien que le Conseil d'Etat soit lui-même compétent en tant que juge de cassation pour vérifier le respect des principes d'indépendance et d'impartialité de cette commission³⁶.

La souplesse dont fait preuve le Conseil quant à la notion d'applicabilité au litige répond à la volonté des auteurs de la réforme. En ce qui concerne la question nouvelle, cette volonté a pu être précisée par le Conseil constitutionnel à l'occasion en particulier de l'adoption de la loi organique, encadrant en conséquence la capacité d'interprétation de la juridiction du filtre qui de ce fait, l'utilise peu.

³⁴ Req. 360838 cité par C. Maugué et J.-H. Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité, précité*, p. 59.

³⁵ « toutefois, la question prioritaire de constitutionnalité est soulevée au cours de la première phase de la procédure de gestion de fait ; qu'alors même que cette procédure est une procédure unique, cette première phase constitue une instance autonome qui se conclut par une décision du juge des comptes visant uniquement à reconnaître l'existence d'obligations constitutives de gestion de fait et à assujettir le comptable de fait aux obligations qui incombent aux comptables publics, notamment l'obligation de rendre un compte ; que ce n'est que dans une phase ultérieure de la procédure, lors du jugement du compte, que la Cour des comptes sera amenée à se prononcer sur l'opportunité de sanctionner le comptable de fait et, éventuellement, à mettre en oeuvre le 4ème alinéa du XI de l'article 60 de la loi du 23 février 1963 ; que, dans ces conditions, les dispositions contestées du 4ème alinéa du XI ne sont pas applicables au litige ».

³⁶ CE, 19 mars 2012, *Commission centrale d'aide sociale*, 352843.

II – Une utilisation restreinte de la notion de question nouvelle

Les questions nouvelles sont peu nombreuses comparées aux questions qualifiées de sérieuses. Elles semblent plus aisément identifiables. Dans la décision n° 595 DC du 3 décembre 2009, le Conseil constitutionnel a tracé le cadre de la notion de question nouvelle en indiquant d'une part, ce qui pouvait conduire les juges du filtre à qualifier une question de nouvelle et d'autre part, ce qui ne pouvait être considéré comme une question nouvelle³⁷.

Sur le second aspect, la définition en négatif de la question nouvelle, le Conseil constitutionnel a affirmé qu'une « question prioritaire de constitutionnalité ne peut être nouvelle (...) au seul motif que la disposition législative contestée n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel ». Il a clairement entendu ne pas faire de la question nouvelle le pendant du critère relatif à la non déclaration de conformité, sans quoi toute disposition législative qui n'aurait pas déjà été déclarée conforme par le Conseil constitutionnel aurait pu faire l'objet d'une QPC.

Concernant le premier aspect, la définition en positif de la question nouvelle, le Conseil constitutionnel a indiqué que « le législateur organique a entendu, par l'ajout de ce critère, imposer que le Conseil constitutionnel soit saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application ; que, dans les autres cas, il a entendu permettre au Conseil d'État et à la Cour de cassation d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif ». Il en découle une double acception de la notion de question nouvelle pour les juges du filtre. La première est assez claire et circonscrite : elle suppose une « appréciation technique »³⁸ de ce critère par les juges du filtre qui seront confrontés à l'invocation pour la première fois d'une disposition constitutionnelle, à une interprétation inédite d'une disposition constitutionnelle, ou encore à l'allégation par les requérants d'un nouveau principe constitutionnel non encore dégagé par le Conseil constitutionnel. La seconde est bien moins claire et peut s'entendre de la façon suivante : peut-être considérée comme question nouvelle toute question sur laquelle les juges du filtre estiment qu'il est important que le Conseil constitutionnel se prononce. Il s'agit là d'une appréhension « subjective et large », selon Jean-Eric Gicquel, de la notion de question nouvelle, relevant plutôt d'une « approche politique »³⁹. La question peut ne pas nécessairement être qualifiée de sérieuse au sens de la loi organique mais mérite d'être tranchée comme cela a été le cas en ce qui concerne la question du mariage entre personnes de même sexe.

Dans les deux cas, le renvoi au Conseil constitutionnel va renforcer son nouveau rôle d'interprète principal de la Constitution d'où l'enjeu d'une interprétation large de ce critère par les juridictions suprêmes facilitant le renvoi vers le Conseil constitutionnel pour assurer l'unité de l'interprétation de la Constitution. Le Conseil d'Etat a justement saisi l'importance de ce critère et n'a pas hésité à en faire une interprétation large. Pour l'instant, l'interprétation technique de la définition de la question nouvelle a primé. Ainsi le Conseil d'Etat a renvoyé au Conseil constitutionnel plusieurs dispositions qui

³⁷ Cons. 21.

³⁸ J.-E. Gicquel, « La question nouvelle, condition de renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel », *Les Petites Affiches*, 8 décembre 2011, n° 244, p. 6.

³⁹ J.-E. Gicquel, *précité*.

n'avaient jamais donné lieu à application par celui-ci tel que l'article 66-1 de la Constitution⁴⁰, l'article 75-1 de la Constitution⁴¹, le dernier alinéa de l'article 4 de la Constitution inséré par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008⁴². Dans le même ordre d'idée, il a renvoyé au Conseil constitutionnel des questions se référant à une atteinte à des dispositions constitutionnelles sur lesquelles une nouvelle interprétation était invoquée⁴³, ce qui peut permettre au juge constitutionnel de préciser la portée d'une disposition constitutionnelle⁴⁴ et donc éventuellement de dégager une nouvelle norme. Le Conseil d'Etat accepte également de renvoyer de nouveaux principes constitutionnels invoqués par les requérants, comme ce fut le cas du principe « en vertu duquel des corps de fonctionnaires ne pourraient être constitués et maintenus qu'en vue de pourvoir à l'exécution de missions de service public »⁴⁵.

Cependant, jusqu'à quel point le juge du filtre peut-il ouvrir les vannes et laisser passer de nouvelles demandes de consécration de principes constitutionnels non encore dégagés tout en exerçant sa fonction de filtrage ? Cette question s'est particulièrement posée lorsqu'il s'est agi pour les requérants de s'appuyer sur des violations de principes constitutionnels non encore consacrés par le Conseil constitutionnel. Un tel principe constitutionnel peut être dégagé soit de l'interprétation inédite d'une disposition constitutionnelle comme nous l'avons vu ci-dessus, soit de la combinaison de plusieurs dispositions constitutionnelles, soit encore des lois de la République dans la mesure où cela répond aux critères d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Le Conseil d'Etat en particulier s'est penché sur cette question à propos de l'invocation d'un PFRLR qui impliquerait que des règles de prescription soient prévues en matière disciplinaire⁴⁶. Pour éviter de renvoyer des demandes de reconnaissance de principes fantaisistes, le Conseil d'Etat est amené à procéder lui-même, mais de manière implicite, à la vérification de la pertinence de l'existence éventuelle d'un PFRLR selon les critères établis par le Conseil constitutionnel sans toutefois être trop rigoureux dans son examen afin de laisser au Conseil constitutionnel la possibilité de se prononcer. Ainsi a-t-on parlé de questions « sérieusement nouvelles »⁴⁷. C'est ce juste équilibre que le Conseil d'Etat va s'efforcer de trouver et qui délimite la fonction du juge du filtre et celle du juge constitutionnel. Or, le Conseil d'Etat est assez familier du contrôle de constitutionnalité et il lui est arrivé de dégager lui-même des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République⁴⁸. De ce fait, il doit pratiquer un self-restreint sur

⁴⁰ « Nul ne peut être condamné à la peine de mort », CE, 8 octobre 2010, *Daoudi*, précité.

⁴¹ « Les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France ». CE, 21 mars 2011, *Mme C. Lang*, précité.

⁴² CE, 2 février 2012, *Mme Le Pen*, précité.

⁴³ CE, 17 décembre 2010, *Le Normand de Bretteville*, n° 343752 (pour l'article 16 de la DDHC de 1789) ; CE, 10 nov. 2010, *Fédération nationale CGT des personnels des organismes sociaux*, req. 340106 ; (al. 8 préambule de la Constitution de 1946 relatif au principe de participation des travailleurs).

⁴⁴ Voir à propos de l'article 7 de la Charte de l'environnement dans sa partie relative au droit à la participation du public : CE, 18 juillet 2011, *Association France Nature Environnement*.

⁴⁵ CE, 23 juillet 2012, *Syndicat de défense des fonctionnaires*, req. 356381. Voir également, CE, 7 novembre 2012, req. 361995 (à propos d'un principe « non bis in idem » à propos d'un cumul de poursuites devant des juridictions techniques de contrôle et devant des juridictions disciplinaires. Dans ces deux cas, le Conseil constitutionnel n'a pas confirmé l'existence du principe constitutionnel invoqué : voir 281 QPC du 12 octobre 2012, *Maintien de corps de fonctionnaires dans l'entreprise France Telecom* et 289 QPC du 17 janvier 2013, *Discipline des médecins*.

⁴⁶ CE, 21 septembre 2011, *Gourmelon*, req. 350385.

⁴⁷ X. Domino et A. Bretonneau, précité, p. 430.

⁴⁸ CE, ass., 3 juillet 1996, *Koné et bien avant*, CE, ass., 11 juin 1956, *Amicale des Annamites de Paris à propos de la liberté d'association*.

sa capacité de préjuger de la pertinence du renvoi bien qu'il ait souvent une idée assez précise de ce que pourrait décider le Conseil constitutionnel.

Le second cas de figure des questions nouvelles concerne les questions liées à des contentieux en série⁴⁹ ou celles pour lesquelles il est opportun que le Conseil constitutionnel soit saisi pour offrir un point de vue constitutionnel sur une question débattue dans l'opinion publique. Le changement de circonstances peut favoriser la reconnaissance d'une question nouvelle même si la disposition a déjà été examinée⁵⁰. Rentre dans cette catégorie les renvois opérés par le Conseil d'Etat suite à des demandes de QPC effectuées par plusieurs départements fondés sur une atteinte aux articles 72 et 72-2 de la Constitution⁵¹.

Le caractère nouveau a également été reconnu à la question relative aux parrainages soulevée par Marine Le Pen⁵² portant sur des dispositions qui avaient déjà été déclarées conforme à la Constitution mais à propos desquelles était invoqué un changement de circonstances lié « aux changements ayant affecté la vie politique et l'organisation institutionnelle du pays depuis cette date ». Tant le changement de circonstances que l'application inédite d'une disposition constitutionnelle (article 4 dernier alinéa de la Constitution de 1958) pouvaient permettre de considérer que la question était nouvelle.

S'il n'est pas nécessaire que la question nouvelle soit également une question sérieuse, ces conditions n'étant pas cumulatives⁵³, le Conseil d'Etat en vérifiant la pertinence de la question posée peut être amené à déclarer que la question est à la fois nouvelle et sérieuse⁵⁴. En pratique, peu de questions nouvelles débouchent sur une déclaration de constitutionnalité, ce qui peut expliquer que les questions qualifiées de nouvelles par le Conseil d'Etat et donnant lieu à renvoi soient moins nombreuses. Il se peut que les requérants et leurs conseils, ainsi que les juridictions elles-mêmes, aient compris que le Conseil constitutionnel se montre peu audacieux d'une manière générale, dans le cadre de la QPC et particulièrement réticent à dégager de nouveaux principes constitutionnels ou encore à admettre un changement de circonstances qui le conduiraient à faire évoluer une jurisprudence.

Les contours de la notion de question nouvelle sont donc assez bien définis dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, il en va différemment de la notion de caractère sérieux.

⁴⁹ Par exemple, les contentieux relatifs aux pensions : CE, 23 avril 2010, *Cachard*, req. 327174 et CE, 2 juin 2010, *Association des pensionnés civils et militaires en Nouvelle-Calédonie*, req. 326444. Voir, J.-E. Gicquel, *précité*, note 35.

⁵⁰ CE, 20 avril 2011, *Département Seine Saint-Denis*, req. 346205 et 20 avril 2011, *Département de la Somme*, req.346460

⁵¹ *id.*

⁵² CE, 2 février 2012, *Mme Le Pen*, req. 355137.

⁵³ « Considérant qu'il résulte des dispositions du même article 23-5 que le caractère nouveau de la question impose au Conseil d'Etat d'en transmettre l'examen au Conseil constitutionnel ; qu'ainsi les moyens par lesquels il est fait valoir en défense que la question serait par ailleurs dépourvue de sérieux sont sans incidence sur la nécessité du renvoi », CE, 8 octobre 2010, *Daoudi*, *précité*.

⁵⁴ CE, 10 nov. 2010, *Fédération nationale CGT des personnels des organismes sociaux*, req. n° 340106 ; CE, 20 avril 2011, *Département Seine Saint-Denis* et 20 avril 2011, *Département de la Somme*, CE, 18 juillet 2011, *Association France Nature Environnement*, *précités*.

III – L'examen du caractère sérieux : une participation assumée au contrôle de constitutionnalité

Dès l'entrée en vigueur de la QPC, le Conseil d'Etat n'a pas caché que la fonction de filtre qui lui avait été attribuée l'entraînait sur le terrain du contrôle de constitutionnalité, en particulier à travers l'examen du caractère sérieux de la demande. Ainsi, Yann Aguila affirmait-il « l'office du Conseil d'Etat, lorsqu'il apprécie le caractère sérieux de la QPC, n'est pas sans rappeler sa situation lorsqu'il doit apprécier la nécessité de renvoyer une question de droit communautaire à la Cour de justice de l'Union européenne. Et, de la même manière que le juge national est « le juge communautaire de droit commun » selon la formule de la Cour de justice dans l'arrêt *Simmenthal*, le Conseil d'Etat, comme la Cour de cassation, sont appelés à devenir des « juges constitutionnels de droit commun ». Dans leur rôle de filtrage, ils participent à l'exercice du contrôle de constitutionnalité de la loi »⁵⁵.

Le rôle de « juge constitutionnel négatif »⁵⁶ est donc pleinement assumé et se manifeste lorsque le Conseil d'Etat va être amené à motiver ses décisions de non-renvoi fondées sur un examen du caractère sérieux de la demande. L'appréciation du caractère sérieux est, en effet, le critère majeur d'appréciation de la nécessité du renvoi par le Conseil d'Etat en ce sens que c'est à travers ce critère que, comme la Cour de cassation, il dispose de la marge de manœuvre la plus grande.

Après trois années de fonctionnement, le point qui a le plus concentré l'attention de la doctrine est de savoir comment la juridiction suprême apprécie ce caractère sérieux⁵⁷. A travers les études, réalisées par des observateurs extérieurs au Conseil d'Etat, qui ont été faites, il s'est toujours agi de déterminer si le juge du filtre vient véritablement concurrencer le contrôle de constitutionnalité des lois exercé par le Conseil constitutionnel, voire de dénoncer cette concurrence. Ainsi, le risque de « captation du contentieux constitutionnel par le Conseil d'Etat » est-il évoqué⁵⁸.

Lors de leur audition par la Commission des lois de l'Assemblée nationale, le 21 novembre 2011, Jean-Marc Sauvé et Bernard Stirn rappellent que dans cet exercice le Conseil d'Etat se livre à un « contrôle de l'évidence »⁵⁹, qui le conduira à considérer que la question est sérieuse lorsqu'elle est de nature à faire naître un « doute raisonnable »⁶⁰.

Dès lors, à partir de quels indices le juge va-t-il apprécier ce doute raisonnable ? L'analyse des arrêts du Conseil d'Etat ne fait pas état de critères récurrents, sous forme

⁵⁵ Yann Aguila, « Le traitement des premières questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat », in X. Philippe, M. Stéfanini (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité : premiers bilans*, Actes du colloque du 26 novembre 2011 organisé par l'institut Louis Favoreu et la Communauté du Pays d'Aix, *Cahiers de l'Institut Louis Favoreu* n° 1, PUAM, 2011, p. 27.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Pour des études d'ensemble concernant le Conseil d'Etat, voir notamment S. Brameret, « La motivation des décisions d'irrecevabilité des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat », *Les Petites Affiches*, 5 mai 2011, n° 89, pp. 18-21 ; A. Roblot-Troizier, *précité* ; V. Saint-James, *précité*, pp. 607-637 ; N. Zinamsgvarov, « Les effets secondaires de la question prioritaire de constitutionnalité », *RDP*, n° 6-2011, p. 1613.

⁵⁸ Voir S. Brameret, *précité*, p. 18.

⁵⁹ A. Lallet et X. Domino, « An I ap. QPC », *AJDA*, 2011, p. 386. Voir également, L. Boré, « La question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation », in D. Rousseau (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité*, Lextenso, 2010, p. 111.

⁶⁰ J.-M. Sauvé et B. Stirn, *précité*, p. 5.

par exemple de considérants de principe, qui permettraient de déterminer comment le Conseil d'Etat procède à cet examen. Dans le cadre de leur audition, Jean-Marc Sauvé et Bernard Stirn ne décrivent pas non plus une méthode d'appréciation précise du caractère sérieux de la question posée, seuls des exemples sont cités faisant état d'une appréciation allant bien au-delà du caractère « fantaisiste ou simplement dilatoire de la question posée »⁶¹. En effet, dès la première année de mise en œuvre de QPC, le juge administratif suprême est allé très loin en faisant de la notion de caractère sérieux une notion « plastique (qui) se prête à des interprétations évolutives, au fur et à mesure à la fois de l'acclimatation et de la banalisation de la procédure devant les juridictions administratives et judiciaires et des réponses apportées par le Conseil constitutionnel aux questions renvoyées »⁶².

En effet, pour apprécier le caractère sérieux de la question de constitutionnalité posée, le Conseil d'Etat ne va pas hésiter en particulier à se référer à la jurisprudence du Conseil constitutionnel et même à transposer le raisonnement du Conseil constitutionnel (A), à utiliser les techniques de contrôle du Conseil constitutionnel telles que le contrôle de proportionnalité, l'erreur manifeste d'appréciation, la conciliation des droits et libertés fondamentaux ou encore l'appréciation des objectifs du législateur (B), il va même jusqu'à interpréter la disposition législative de manière à éviter le renvoi (C).

A – La transposition de la jurisprudence du Conseil constitutionnel

Suite à l'adoption de la procédure de QPC, le Secrétaire général du Conseil constitutionnel, Marc Guillaume, plaidait pour de nouveaux équilibres entre juridictions suprêmes et juge constitutionnel quant à l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel⁶³. Ce renouveau supposait une interprétation élargie de l'autorité de chose jugée par le Conseil constitutionnel au-delà de la loi examinée et l'application en particulier des « réserves par ricochet »⁶⁴. Le Conseil d'Etat n'est pas resté insensible à ce discours et s'est engagé, dans le cadre de sa fonction de filtre, dans un « raisonnement par analogie »⁶⁵ allant peut-être parfois plus loin que le rééquilibrage souhaité. En effet, non seulement le Conseil d'Etat va s'appuyer sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour déterminer si la question posée est sérieuse, ce qui implique une recherche du « précédent »⁶⁶, et à cet égard les tables des décisions du Conseil constitutionnel - en ligne sur le site du Conseil constitutionnel - sont d'une grande utilité, mais il ne va pas hésiter à transposer au cas qui lui est soumis le raisonnement suivi par le Conseil constitutionnel à l'occasion du contrôle d'une autre disposition⁶⁷. Ainsi, à l'occasion d'une QPC soulevée à l'encontre du 7ème alinéa de l'article L. 4124-6 du code de la santé publique a-t-il relevé que cette disposition n'avait pas déjà fait l'objet d'un contrôle de conformité à la Constitution, « que, toutefois, ainsi qu'il a été jugé par le Conseil constitutionnel, les incapacités édictées dans un but déontologique, qui ont pour

⁶¹ Ibid.

⁶² C. Maugué et J.-H. Stahl, *La question prioritaire de constitutionnalité*, précité, p. 68.

⁶³ « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 30-2011, pp. 49-75.

⁶⁴ Voir également M. Guillaume, in B. Mathieu, M. Verpeaux (dir.), *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2010, pp. 121-131.

⁶⁵ Voir S.-J. Lieber, D. Botteghi et V. Daumas, « La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'Etat », précité, p. 116.

⁶⁶ Voir, par exemple, CE, 18 juin 2010, *Société Canal +*, req. 338344.

⁶⁷ Conseil d'Etat, 31 mai 2010, *Exbrayat*, req. 338727.

objet de garantir la moralité des membres qui composent les organes d'un ordre professionnel, dont la mission est notamment de veiller au maintien des principes de moralité dans tous les actes de la profession, ne constituent pas une sanction ayant le caractère d'une punition ; que tel est le cas du 7ème alinéa de l'article L. 4124-6 du code de la santé publique »⁶⁸.

Cette transposition du raisonnement du Conseil constitutionnel est particulièrement utilisée lorsqu'il s'agit d'examiner un grief fondé sur une atteinte au principe d'égalité. Ceci n'a rien de surprenant au regard de la pratique qu'a le Conseil d'Etat de ce contrôle et de la proximité des critères d'évaluation utilisés par le juge administratif et le juge constitutionnel. Ainsi, va-t-il apprécier une différence de situation susceptible de justifier une différence de traitement⁶⁹. Il va vérifier en particulier si la différence de traitement se fonde sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec la finalité de la loi⁷⁰. Concernant l'allégation d'une rupture d'égalité devant les charges publiques, le Conseil d'Etat examine s'il est en présence d'une rupture d'égalité caractérisée⁷¹.

La question des limites de ce « filtre analogique »⁷² se posent. En effet, jusqu'à quel point le Conseil d'Etat peut-il se substituer au Conseil constitutionnel ? Pour Mattias Guyomar : « la frontière entre un filtrage efficace des QPC par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation et une obstruction déloyale envers le Conseil constitutionnel doit être tracée, non au regard des pouvoirs d'interprétation de la disposition contestée que se reconnaît le juge de la QPC mais en fonction du caractère inédit ou non, dans sa jurisprudence et celle du Conseil constitutionnel, des constructions auxquelles il aboutit »⁷³. Il en ressort que le nombre de renvoi peut aisément se tarir au fur et à mesure que le Conseil constitutionnel précise sa jurisprudence et fournit ainsi matière à la juridiction suprême pour raisonner par analogie. Les renvois seraient alors limités aux questions véritablement nouvelles, ou en cas de forte suspicion voire de conviction d'inconstitutionnalité, ou en cas de difficulté pour le Conseil d'Etat à déterminer si la disposition est, ou non, constitutionnelle malgré l'emploi des techniques habituelles d'interprétation de la loi.

Le Conseil d'Etat recourt également, dans le cadre de son filtrage, à des techniques de contrôle calquées sur celles utilisées par le Conseil constitutionnel dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité des lois.

B – L'analogie des techniques de contrôle

L'analogie des techniques de contrôle va de pair avec le raisonnement par analogie s'appuyant sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Par exemple, le Conseil n'hésite pas à vérifier la proportionnalité de l'atteinte portée à une liberté par rapport à d'autres principes, droits ou objectifs de valeur

⁶⁸ CE, 2 mars 2011, req. 339595.

⁶⁹ CE, 1^{er} juillet 2011, req. 347322 à propos de l'article L. 111-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dont il découle qu'un titre de séjour délivré à un étranger à Mayotte ne lui permet pas de séjourner en France métropolitaine.

⁷⁰ CE, 31 mai 2012, *FEBEA*, req. 358098.

⁷¹ *idem*

⁷² S.-J. Lieber, D. Botteghi et V. Daumas, « La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'Etat », *précité*, p. 116.

⁷³ Cité par S.-J. Lieber, D. Botteghi et V. Daumas, *précité*, p. 115.

constitutionnelle. Ainsi, dans un arrêt du 8 octobre 2010, *Groupement de fait Brigade Sud de Nice*⁷⁴, il avait à examiner la nécessité de renvoyer au Conseil constitutionnel une demande de QPC soulevée à l'encontre de l'article L 332-18 du code des sports, à l'occasion d'un recours en excès de pouvoir contre la décision du Premier ministre de dissoudre une association en application de cette disposition. Le Conseil d'Etat a rejeté cette demande de renvoi en constatant notamment : « qu'en égard aux motifs susceptibles de conduire, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, au prononcé de la dissolution ou de la suspension d'activité de ces associations ou groupements de fait ainsi qu'aux conditions de mise en oeuvre de ces mesures, les dispositions de l'article L. 332-18, qui permettent le prononcé de mesures qui présentent le caractère de mesure de police administrative, répondent à la nécessité de sauvegarder l'ordre public, compte tenu de la gravité des troubles qui lui sont portés par les membres de certains groupements et associations de soutien des associations sportives, et ne portent pas d'atteinte excessive au principe de la liberté d'association ».

De la même façon, il va vérifier l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation du législateur alléguée par les requérants⁷⁵.

Il examine également, par exemple, si le droit fondamental invoqué n'a pas été dénaturé⁷⁶.

Parmi ces techniques de contrôle se trouve celle de l'interprétation conforme du texte législatif pratiquée par le Conseil constitutionnel en particulier par le biais des réserves d'interprétation.

C – Le recours à l'interprétation conforme

Comme le raisonnement par analogie et le recours aux précédents, la technique de l'interprétation conforme a été dès la première année utilisée par le Conseil d'Etat dans le cadre de son examen du caractère sérieux de la question posée⁷⁷. L'interprétation porte sur les dispositions législatives à l'encontre desquelles des griefs d'inconstitutionnalité sont soulevés par les requérants ou sur une jurisprudence constante du Conseil d'Etat interprétant ces dispositions législatives⁷⁸. La technique de l'interprétation est familière du Conseil d'Etat notamment dans le cadre de l'exercice de sa fonction de juge de droit commun du droit communautaire. L'interprétation conforme peut être l'occasion d'une interprétation neutralisante⁷⁹ ou « sur mesure »⁸⁰, voire d'un revirement de jurisprudence de la part de la juridiction administrative. Ainsi, dans une décision du 14 septembre 2011, le Conseil d'Etat était saisi d'une question mettant en cause la constitutionnalité de deux dispositions du Code rural (art. L. 123-3 et L 123-4), dans leur version antérieure à la loi du 5 janvier 2006, que le Conseil d'Etat avait eu

⁷⁴ Req. 340849.

⁷⁵ Par exemple, CE, 22 juin 2012, *Commune d'Evry*, req. 356688 ; CE, 19 septembre 2012, *Confédération Générale du Travail - Force Ouvrière, secteur emploi / formation professionnelle / UNEDIC*, req. 357814.

⁷⁶ CE, 22 juin 2012, *Commune d'Evry*, précité.

⁷⁷ Voir S.-J. Lieber, D. Botteghi et V. Daumas, précité, p. 115.

⁷⁸ CE, 14 avril 2010, *Union des familles en Europe*, req. 323830 ; CE, 25 juin 2010, *Mortagne*, req. 326363, rec. 217 ; CE, 16 juillet 2010, *SCI La Saulaie*, req. 334665, rec. 315.

⁷⁹ CE, 14 septembre 2011, *Pierre*, req. 348394.

⁸⁰ Voir A. Viala, « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP*, 2011, n° 4, p. 980 à propos de CE, 29 juin 2010, Théron, concl. Guyomar, *Gaz. Pal.* 27 mai 2010, p. 23, 11761.

l'occasion d'interpréter (CE 23 juin 2004, Michel X.)⁸¹. Dans cet arrêt de 2004, il avait exclu l'agriculture biologique du mécanisme permettant la réattribution à leurs propriétaires de terrains à utilisation spéciale. Les requérants estimaient que cette interprétation portait atteinte au droit de propriété ainsi qu'aux articles 2 et 6 de la Charte de l'environnement. Le Conseil d'Etat a lui-même procédé à l'examen de ces griefs pour les écarter en vérifiant notamment si l'atteinte au droit de propriété n'était pas excessive. Cependant, tout en rappelant sa jurisprudence de 2004, il y a porté quelques tempéraments en permettant par exemple une indemnisation par la Commission communale d'aménagement foncier.

Un problème plus délicat se pose lorsque le juge administratif ne se borne pas simplement à interpréter la disposition législative litigieuse ou sa propre jurisprudence mais va interpréter la norme constitutionnelle elle-même de façon autonome. En principe, cette interprétation devrait être minimale et ne pas aboutir à dégager un nouveau principe constitutionnel comme il a pu le faire auparavant⁸² puisque la vocation du filtre est justement de renvoyer ce type de question nouvelle vers le Conseil constitutionnel (à la condition bien évidemment qu'un tel grief soit soulevé par les justiciables). Toutefois, cela n'écarter pas complètement le risque d'une transposition-transformation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ou encore celui de l'ajout à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Dans les deux cas, il s'agit d'interpréter la jurisprudence du Conseil constitutionnel soit pour l'étendre à une situation sur laquelle il ne se serait pas prononcé, et donc affiner la jurisprudence constitutionnelle, soit pour dégager une interprétation propre et éventuellement neutralisante de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Concernant la capacité qu'a le Conseil d'Etat d'affiner la jurisprudence du Conseil constitutionnel, cette faculté n'est pas en soi critiquable dans la mesure où il ne fait qu'appliquer à un cas concret une disposition constitutionnelle, ou son interprétation par le juge constitutionnel. L'application suppose en effet un minimum d'interprétation. D'ailleurs, cette capacité est habituellement utilisée par le Conseil d'Etat et apparaît dans les décisions de non-renvoi lorsqu'il examine le caractère sérieux de la question posée. Toutefois, la difficulté est de situer le curseur entre l'interprétation minimale pour adapter la disposition constitutionnelle au cas concret et la création jurisprudentielle qui devrait supposer un renvoi devant le Conseil constitutionnel⁸³. Plus délicate encore est la question de l'interprétation autonome d'une disposition constitutionnelle, différente de celle du Conseil constitutionnel, pour opérer le filtrage et celle de la transformation d'une jurisprudence du Conseil constitutionnel. Concernant l'interprétation autonome des critères d'examen de constitutionnalité utilisés par le Conseil constitutionnel, cette situation s'est déjà produite. Ainsi, dans la décision du 27 octobre 2010, *Section du Bourg de Menoire*⁸⁴, évalue-t-il de façon autonome la notion d'intérêt général en estimant que « l'organisation rationnelle de la gestion des biens » est susceptible de fonder une atteinte au droit de propriété.

La question de la transformation d'une jurisprudence du Conseil constitutionnel conduit à se demander si le Conseil d'Etat, dans la cadre du filtre, peut donner une nouvelle interprétation à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui consisterait à affaiblir,

⁸¹ Req. n° 221115.

⁸² CE, ass., 3 juillet 1996, Koné, précité. Voir en ce sens, X. Domino et A. Bretonneau, *précité*, p. 430.

⁸³ Voir à propos du principe de laïcité en matière électorale : CE, 23 décembre 2010, *AWSA France*, req. 337899. Le Conseil d'Etat n'aurait-il pas dû renvoyer cette question, inédite dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, au Conseil constitutionnel lui-même ?

⁸⁴ Req. 342718 cité par V. Saint-James, *précité*, p. 623.

voire neutraliser ou au contraire étendre une interprétation donnée par ce dernier. Dans le cadre de son contrôle des actes administratifs, cette situation s'est déjà produite dans la mesure où le juge administratif ne se sentait pas lié au-delà de l'autorité de chose jugée, interprétée de manière restrictive, d'une décision du Conseil constitutionnel. Ainsi, en matière de cession de terrain public pour un franc symbolique, dans l'affaire Commune de Fougerolles⁸⁵, le Conseil d'Etat a-t-il limité, afin de valider la cession opérée, la portée de la décision n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, *Privatisations*, dans laquelle le Conseil constitutionnel avait décidé que « la Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie du patrimoine public soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur »⁸⁶. A l'inverse, le Conseil d'Etat a-t-il pu se montrer parfois plus exigeant que le Conseil constitutionnel⁸⁷. Si cette interprétation-transformation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel peut se concevoir dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs, il ne nous semble pas qu'elle puisse trouver matière à se développer dans le cadre de l'exercice du filtrage, le renvoi devant le Conseil constitutionnel permettant justement de régler une divergence d'interprétation.

Certes, on peut objecter qu'il ne s'agit pas d'un contrôle entraînant les mêmes effets que celui du Conseil constitutionnel. Il est vrai en effet, que le Conseil constitutionnel garde la compétence exclusive de déclarer une norme contraire à la Constitution avec effets *erga omnes*. Les décisions de non-renvoi des juridictions suprêmes du filtre qui auront écarté une question pour défaut de caractère sérieux après avoir pratiqué un examen de la conformité à la Constitution des dispositions litigieuses ont un effet relatif. Cependant, les juridictions du fond seront tentées de suivre l'interprétation donnée par la juridiction suprême lorsque la même question voire une question analogue se posera⁸⁸. De plus, la juridiction suprême maîtrise souverainement le pouvoir de ne pas renvoyer et d'imposer son interprétation.

Le risque de « diffraction de l'interprétation constitutionnelle »⁸⁹ doit néanmoins être relativisé s'il l'on s'en tient au discours officiel du Conseil d'Etat concernant l'exercice de son pouvoir de filtrage⁹⁰.

Conclusion : On pourrait être tenté de saluer la façon dont le Conseil d'Etat exerce sa fonction de filtre des QPC. En effet, d'une part, il se montre plus coopératif que la Cour de cassation et s'inscrit véritablement dans un rapport dialogique avec le Conseil

⁸⁵ CE, sect., 3 nov. 1997, *Communes de Fougerolles*, req. 169473.

⁸⁶ Le Conseil constitutionnel a réaffirmé cette jurisprudence par la suite dans la décision n° 2008-567 DC, cons. 25. Cependant, dans la décision 67/86 QPC du 17 décembre 2010, *AFPA – Transferts de biens publics*, le Conseil constitutionnel se rapproche de la jurisprudence du Conseil d'Etat en introduisant la notion de conditions et obligations particulières (cons. 5).

⁸⁷ Par exemple, CE, Ass., 13 novembre 1998, *Commune de Saint-Louis et Département de la Réunion* (1) et *M. Le Déaut* (2), req. 187443 et 187581, en ce qui concerne l'application du principe constitutionnel d'égalité du suffrage, le Conseil d'Etat a précisé que les opérations de découpage électoral ne pouvaient « légalement augmenter les disparités d'ordre démographique existantes ».

⁸⁸ Voir sur cette question, N. Jacquinet, « L'utilisation par les juges du fond des arrêts de non-renvoi d'une QPC », *AJDA*, n° 38 2012, pp. 2097-2102.

⁸⁹ M. Verdussen, « La Belgique », in *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France : quelles pratiques ?*, PUAM, Aix-en-Provence, 2009, p. 113. Voir sur cette question également, N. Zinamsgvarov, précité.

⁹⁰ Jean-Marc Sauvé en appelle ainsi à la discipline juridictionnelle et au dialogue entre les juridictions : « L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'Etat », in B. Mathieu, précité, exposé en ligne sur le site du Conseil d'Etat, p. 11.

constitutionnel pour le succès de cette réforme. D'autre part, le fait qu'il se calque sur le raisonnement du Conseil constitutionnel, ou qu'il pratique une interprétation conforme pour juger qu'une question n'est pas sérieuse et éviter de renvoyer, peuvent être également perçus comme une forme de coopération au respect de la Constitution et à l'Etat de droit. Finalement, pour reprendre une expression utilisée par Thierry Di Manno à propos de la Cour constitutionnelle italienne, le respect de la Constitution « se fait à plusieurs mains ». Or, la participation importante des juridictions suprêmes françaises au contrôle de constitutionnalité, par le biais de l'examen du caractère sérieux, pourrait se comprendre si la question prioritaire de constitutionnalité se situait dans le contexte italien. Le recours à l'interprétation conforme de la part des juridictions ordinaires, souhaité par la Cour constitutionnelle elle-même en Italie, s'inscrit dans une volonté de désengorgement de la Cour constitutionnelle. Or, cet engorgement ne se produit pas en France. Il pourrait être avancé que cela est justement dû à l'efficacité du filtre exercé par les juridictions ordinaires. Cependant, la puissance de ce filtre peut empêcher également le Conseil constitutionnel de se prononcer sur l'interprétation de la Constitution et se montre susceptible de favoriser des interprétations qui ne reçoivent pas l'aval du Conseil constitutionnel. Il maintient, voire même renforce, les juridictions suprêmes de chaque ordre dans leur rôle de cours suprêmes mais au détriment d'une interprétation centralisée de la Constitution par le Conseil constitutionnel ; ce fonctionnement ne va donc pas dans le sens d'une unité d'interprétation de la Constitution. Or, la cohérence du système juridique ne gagnerait-il pas à renforcer le rôle du Conseil constitutionnel, plutôt que celui des juridictions suprêmes, comme interprète de la Constitution ? Peut-on se satisfaire de cette multiplicité d'interprètes au regard du principe de sécurité juridique ? Le fonctionnement du filtre met donc en évidence le caractère très consensuel, mais finalement paradoxal, de la réforme de 2008 : renforcer l'Etat de droit sans remettre en cause les équilibres institutionnels existants et en particulier, le poids et l'autorité des juridictions suprêmes. Il en ressort que l'efficacité du filtre, pour éviter un risque d'engorgement dont l'éventualité est aujourd'hui réduite à néant, prime la cohérence du système juridique. Le rôle du Conseil constitutionnel apparaît au final résiduel, même si important sur le fond, ce qui pourrait justifier une réforme pour inciter les juridictions du filtre à ne pas se substituer, même de manière uniquement négative, à la fonction d'interprète de la Constitution du Conseil constitutionnel. Cette réforme pourrait passer d'abord par une clarification de l'office des juridictions suprêmes dans leur fonction de filtre, et en particulier dans l'examen de la question sérieuse, afin que des limites au contrôle de constitutionnalité négatif puissent être identifiées. Elle pourrait s'accompagner, ensuite, par la possibilité ouverte aux juridictions de droit commun de soulever d'office un moyen d'inconstitutionnalité de la loi afin de faciliter une interprétation centralisée de la Constitution par le juge constitutionnel. Cela pourrait inciter les juridictions de droit commun à repenser leur rapport à la Constitution, et leur pouvoir d'interprétation du texte constitutionnel, en tenant compte des « nouveaux équilibres institutionnels » consécutifs à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.